



Roj: **STSJ M 1912/2015 - ECLI: ES:TSJM:2015:1912**

Id Cendoj: **28079330032015100095**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **3**

Fecha: **27/02/2015**

Nº de Recurso: **1075/2013**

Nº de Resolución: **110/2015**

Procedimiento: **PROCEDIMIENTO ORDINARIO**

Ponente: **MARGARITA ENCARNACION PAZOS PITA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Tribunal Superior de Justicia de Madrid

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Tercera

C/ General Castaños, 1 , Planta 1 - 28004

33009710

NIG: 28.079.00.3-2013/0022956

Recurso nº1075/2013

Ponente: Dña. Margarita Pazos Pita

Recurrente: JFL Implants, S.L.

Representante: Procurador D. Jaime Gafas Pacheco

Parte demandada: Comunidad de Madrid

Representante: Letrado de la Comunidad de Madrid

SENTENCIA NÚM. 110

ILTMO. SR. PRESIDENTE:

D. Gustavo Lescure Ceñal

ILTMAS. SRAS. MAGISTRADAS:

Dña. Pilar Maldonado Muñoz

Dña. Margarita Pazos Pita

En Madrid, a veintisiete de Febrero dos mil quince.

Visto el recurso contencioso-administrativo núm. 1075/2013 formulado por el Procurador D. Jaime Gafas Pacheco, en nombre y representación de JFL Implants, S.L., contra la Resolución del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid de 2 de octubre de 2013, estimatoria del recurso especial en materia de contratación interpuesto contra la Resolución de la Viceconsejera de Asistencia Sanitaria de 26 de agosto de 2013 sobre adjudicación a la recurrente de los lotes 1, 4 y 7 del grupo A y los lotes 1, 2, 3, 4 y 5 del grupo B del Acuerdo Marco P.A. 5/2013 para la contratación del suministro de diversos productos sanitarios con destino a los Centros Sanitarios del Servicio Madrileño de Salud. Ha sido parte demandada la Comunidad de Madrid, representada y defendida por el Letrado de sus Servicios Jurídicos.

ANTECEDENTES DE HECHO



PRIMERO.- La referida parte actora promovió el presente recurso contencioso-administrativo contra la resolución reseñada, y seguido el cauce procesal previsto legalmente, cada parte interviniente despachó, en el momento oportuno y por su orden legal conferido, el trámite correspondiente de demanda y de contestación, en cuyos escritos, y conforme a los hechos y razonamientos jurídicos consignados, suplicaron, respectivamente, la anulación del acto objeto de impugnación y la desestimación del mismo, en los términos que figuran en aquéllos.

SEGUNDO.- Seguido el proceso por los cauces legales, y efectuadas las actuaciones y los trámites que constan en los autos, quedaron éstos pendientes de señalamiento para votación y fallo, que tuvo lugar el día 28 de enero de 2.015.

Siendo Ponente la Magistrada Ilma Sra. Dña. Margarita Pazos Pita.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se impugna en el presente recurso contencioso-administrativo por la entidad JFL Implants, S.L. la Resolución del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid de 2 de octubre de 2013 que acuerda estimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad B. Braun Surgical S.A. contra la Resolución de la Viceconsejera de Asistencia Sanitaria de 26 de agosto de 2013 que se ratifica en la Resolución de 10 de julio por la que se adjudican a la recurrente los lotes 1, 4 y 7 del grupo A (prótesis de rodilla) y los lotes 1, 2, 3, 4 y 5 del grupo B (prótesis de cadera) del Acuerdo Marco P.A. 5/2013 para la contratación del suministro de diversos productos sanitarios (prótesis de rodilla y prótesis de cadera) con destino a los Centros Sanitarios del Servicio Madrileño de Salud, excluyendo a JFL Implants, S.L. y anulando la adjudicación a ella efectuada de los lotes en que fue seleccionada, procediendo adjudicarlos a las siguientes ofertas mejor clasificadas, previos los trámites a que se refiere el artículo 151.2 del TRLCSP.

SEGUNDO .- Para la adecuada resolución del presente recurso resultan de interés los siguientes hechos que resultan del expediente administrativo y de las actuaciones seguidas ante esta Sala:

1.- Por Resolución de la Viceconsejería de Asistencia Sanitaria de 28 de enero de 2013 se hace pública la convocatoria para la licitación del Acuerdo Marco para el suministro de diversos productos sanitarios (prótesis de rodilla y prótesis de cadera) con destino a los Centros Sanitarios del Servicio Madrileño de Salud, a adjudicar por procedimiento abierto, dividido en 13 lotes y con un valor estimado de 47.473.309,80 euros.

La fecha límite de presentación de ofertas era, según el anuncio publicado, el 11 de marzo de 2013.

2.- El Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) establece en el apartado 5 de su Anexo 2:

"(...) Acreditación solvencia técnica:

Artículo 77 1.a) y e) del TRLCAP

Criterios de selección:

1. Relación de los principales suministros efectuados, de similar naturaleza al objeto del contrato, durante los 3 últimos ejercicios, indicando importe, fechas y destinatarios público o privado de los mismos.

2. Los licitadores deberán aportar ficha técnica y descripción de los productos ofertados".

3.- Mediante Resolución de 10 de julio de 2013 se adjudicaron a la recurrente los lotes 1, 4 y 7 del grupo A (prótesis de rodilla) y los lotes 1, 2, 3, 4 y 5 del grupo B (prótesis de cadera) del Acuerdo Marco .

4.- Interpuesto por la entidad B. Braun Surgical recurso especial en materia de contratación contra la anterior adjudicación aduciendo falta de acreditación de la solvencia por parte de la adjudicataria, por Resolución 119/2013 del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid se admitió parcialmente el citado recurso ordenando la retroacción de las actuaciones al momento de la valoración de la solvencia técnica o profesional de la aquí recurrente, concediéndole un plazo de subsanación para la aportación de documentación omitida o insuficiente.

El 5 de agosto de 2013 la Mesa de Contratación acuerda solicitar a JF Implants S.L. la documentación a que hace referencia la anterior Resolución, presentando la citada entidad el día 19 del mismo y año escrito de alegaciones, al que adjunta documento 1 (alta como proveedor de la Agencia Valenciana de Salud de fecha 12 de abril de 2013) y los documentos 2 (facturas de endoprótesis por importe de 5.811,82 euros de fecha julio



de 2013 y de importe 1.937,27 euros de agosto de 2013), 3 (prescripción de implante de 18, 25 y 26 de junio de 2013) y 4 (relación de facturación de 15 de mayo a 1 de agosto de 2013).

Con fecha 20 de agosto de 2013 la Mesa de Contratación acuerda la validez de la documentación aportada como acreditación de la solvencia técnica de la empresa, dictándose el 26 de agosto de 2013 la Resolución de la Viceconsejera de Asistencia Sanitaria que se ratifica en la resolución de adjudicación de 10 de julio de 2013.

5.- Contra la anterior Resolución de 26 de agosto de 2013 se interpuso por B. Braun Surgical recurso especial en materia de contratación.

Cabe destacar que en el informe relativo al anterior recurso especial, emitido el 18 de septiembre de 2013 por el Director General de Gestión Económica y de Compras de Productos Sanitarios y Farmacéuticos se consigna, entre otros extremos, que *"En lo que se refiere a la solvencia técnica se acredita suficientemente con la ficha técnica y descripción de los productos ofertados (que se adjunta al expediente) y así se reconoce por el Grupo Técnico constituido por expertos profesionales de los Servicios de Cirugía Ortopédica y Traumatología de diferentes hospitales madrileños.*

Es evidente que no puede aportar suministros de similar naturaleza durante los últimos tres años, puesto que, como vimos para la solvencia económico financiera la empresa ha alegado ausencia de actividad en todos o en algunos de los tres últimos ejercicios fiscales.

(...) El órgano de contratación se ratifica en las decisiones tomadas con anterioridad respecto a este mismo tema, toda vez que la empresa JF Implants S.L. creada el 26 de septiembre de 2012 no puede presentar listado de suministros realizados hasta el 31 de diciembre de 2012 puesto que no había comenzado aún su actividad comercial y se encontraban en fase de organización y puesta en marcha.

No obstante y atendiendo al artículo 77.2 del TRLCAP sí que acreditó la solvencia técnicamediante ficha técnica y descripción de los productos ofertados.

(...) Adicionalmente y ante este nuevo requerimiento, la empresa presenta informe y documentos (algunos de ellos con solicitud de confidencialidad amparada en el art. 140.1 del TRLCAP), en los que a pesar de referirse a suministros efectuados en fechas posteriores a diciembre de 2012, queda aclarado el hecho de que no se ha cometido tampoco ninguna irresponsabilidad técnica en la adjudicación a JFL Implants S.L..

Consideraciones finales

·La actuación de la Mesa de Contratación y el órgano de Contratación se ajustó en todo momento a lo establecido en los Pliegos de Contratación Acuerdo Marco PA 5/2013 (...)y al resto de legislación aplicable.

·En ningún caso se ha incumplido el trámite de acreditación de las solvencias económico financiera y técnica.

·En todo momento, desde el órgano de contratación, se ha pretendido facilitar y colaborar con las empresas en este procedimiento de licitación".

6.- El anterior recurso especial en materia de contratación es estimado por la Resolución del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid de 2 de octubre de 2013, objeto de impugnación en el presente recurso jurisdiccional.

En esta Resolución se consigna, entre otros extremos, que:

"(...) Pues bien, a la vista de la documentación presentada por JF Implants S.L. en el periodo de subsanación concedido se puede constatar que no ha aportado ninguna documentación que acredite haber efectuado suministro alguno de prótesis de rodilla y/o prótesis de cadera. La justificación aportada en cualquier caso se corresponde a un periodo (mayo-agosto de 2013) posterior al momento de finalización del plazo de presentación de ofertas (11 de marzo). Esto independientemente de su cuantía y concepto.

A fin de acreditar el nivel de solvencia exigido no basta con que se trate de empresas que hayan llevado a cabo suministros de prótesis de rodilla y prótesis de cadera sino que, además, lo hayan hecho en las cantidades y condiciones fijadas en la licitación. En este sentido tratándose de una empresa de nueva creación sería admisible una interpretación proporcional del criterio en relación al periodo de actividad. Sin embargo no es eso lo que se discute, pues independientemente del volumen de suministros realizados, ninguno de los documentos presentados se refieren al periodo de tiempo exigible previo a la finalización del plazo de presentación de ofertas y por eso lo aportado no puede considerarse subsanación.

Tampoco cabe la acreditación a través de medios alternativos como parece haber entendido la Mesa de Contratación. Si bien en el caso de la solvencia económica y financiera, en el artículo 75.2 del TRLCAP se admite la posibilidad "(...)", en el caso de la acreditación de la solvencia técnica no se contempla tal posibilidad. Habiéndose establecido en el PCAP la necesidad de acreditar acumulativamente lo dispuesto en los apartados



a) y e) del artículo 77 del TRLCAP " Relación de los principales suministros efectuados, de similar naturaleza al objeto del contrato, durante los 3 últimos ejercicios, indicando importe, fechas y destinatarios público o privado de los mismos" y " ficha técnica y descripción de los productos ofertados ", *ambos han de resultar acreditados no sufriendo el uno la ausencia del otro...."*

TERCERO.- La parte actora señala en su escrito de demanda que es una sociedad constituida el 28 de septiembre de 2012, como consta en el expediente, y con inicio de actividad en enero de 2013.

Aduce que la solvencia económico financiera la acreditó mediante informe de entidad financiera emitido por el Banco Pastor, como lo permite el anexo 2 punto 5 del pliego de cláusulas administrativas y la solvencia técnica, al tratarse de una empresa de nueva creación, con lógica y necesaria ausencia de actividad en los tres últimos ejercicios fiscales, la acreditó con la ficha técnica y descripción de los productos ofertados .

La puesta en marcha de cualquier empresa de nueva creación -continúa la demanda- requiere un tiempo, máxime en una empresa de las características de la recurrente que requiere la obtención de licencias de comercialización en el territorio español y la acreditación de los productos por parte del Ministerio de Sanidad. Por lo tanto -dice-, en el escaso periodo de tiempo transcurrido desde la fecha de la constitución de la empresa hasta el 31 de diciembre de 2012 no fue posible la realización de suministro alguno, que sí han sido realizados en 2013, sin que dicha falta de suministro en el referido periodo afecte a la capacidad operativa y de solvencia económica y técnica de la empresa. A lo que viene a añadir que hay que recordar que incluso la nueva Ley de 27 de septiembre de 2013, de Apoyo a los Emprendedores, contempla medidas para eliminar obstáculos al acceso de los emprendedores a la contratación pública, de forma que ésta pueda actuar como una auténtica palanca a la expansión y consolidación de empresas.

Señala la recurrente, con invocación del artículo 45 de la citada Ley , que entiende que el propio texto legal quiere fomentar que las empresas de nueva creación puedan acudir a los concursos, y que el hecho de que no puedan justificar una actividad durante un periodo determinado no puede ser un obstáculo para la contratación pública si además el órgano de contratación y los expertos del comité técnico la han considerado apta para ello, como es el caso de la recurrente. De donde se desprende, según interpretación auténtica del legislador, que su exclusión es teleológicamente irracional e ilógica.

Invoca asimismo la Resolución 69/2013 del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid que -dice la recurrente- resuelve un recurso con indicaciones contradictorias a la resolución que se combate en el presente recurso.

Añade, también en síntesis, que si el propio Servicio Madrileño de Salud y los técnicos consideraron reiteradamente que estaba acreditada la solvencia, y no estimaron necesario que aportase más elementos acreditativos de la misma pudiendo haberlo hecho por medios externos, dicha parte recurrente la entendió debidamente acreditada. Hay que recordar -continúa- que incluso se ratificó la adjudicación a la actora por la Viceconsejera de Sanidad, por lo cual, no se entiende que el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid revoque dicha adjudicación, lo cual podría incluso vulnerar el artículo 9.3 de la CE que se refiere claramente a la seguridad jurídica y a la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos.

Pero incluso privar a la recurrente de concursar, sería favorecer a empresas por el simple hecho de que llevan tiempo trabajando en el sector y discriminar a favor de este tipo de operadores vulnerando las reglas de la competencia.

La recurrente invoca la STS de 19 de septiembre de 2000 , así como las Sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 16 de diciembre de 2008 y 19 de mayo de 2009 que -dice- se refiere al principio de proporcionalidad en la adopción de medidas de exclusión, y señala asimismo que sería desproporcionado excluir a la actora por algo que no puede aportar. Así lo valora -continúa la demanda- el propio informe del Servicio Madrileño de Salud que también indica que atendiendo al artículo 77.2 del TRLCAP sí que acreditó la solvencia técnica mediante ficha técnica y descripción de los productos ofertados, refiriendo el informe de 27 de septiembre de 2013 que el Grupo Técnico se reunió hasta en tres ocasiones para comprobar la validez y solvencia técnica presentada por las diferentes empresas, garantizando así la transparencia técnica, competitividad y libre concurrencia de las empresas concurrentes.

Es obvio -dice la actora- que es la Mesa de contratación y, en su caso, el órgano de contratación, quienes están facultados e interesados para comprobar la aptitud de los licitadores con arreglo a los medios para acreditar la solvencia y en consecuencia determinar la selección dentro del ámbito de apreciación que les otorgan los art. 74 y 77 del TRLCSP, correspondiendo por lo tanto a los citados órganos considerar o no suficientemente acreditada en cada caso la solvencia de la empresa. Añade que el órgano de contratación y los expertos en la materia han considerado de forma reiteradísima e insistente que está acreditada la solvencia financiera y técnica de la recurrente, teniendo esa valoración de carácter eminentemente técnico una gran relevancia en

el acuerdo marco objeto del recurso y en la discrecionalidad que la Administración tiene para considerar la capacidad técnica de esta empresa; discrecionalidad técnica de mayor valencia que una apreciación normativa sobre un concepto jurídico indeterminado.

Además, JFL Implants ha aportado documentación relativa a 2013, y lo ha sido para que, a mayor abundamiento, se pueda comprobar que sí realiza actividad en el citado año, añadiendo finalmente dicha entidad que nadie niega que el pliego determina el régimen jurídico, pero que es el propio Servicio Madrileño de Salud quien expresa claramente que la actuación de la mesa se ajustó en todo momento a lo establecido en los PCAP.

Por su parte, la Administración demandada insta la desestimación del recurso interpuesto aduciendo sustancialmente, y con invocación de lo establecido en el apartado 5 del Anexo 2 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, que estos últimos conforman la Ley del contrato y vinculan a los licitadores que concurren a la licitación, aceptando su contenido, y también a los órganos de contratación, y vinculan en sus propios términos, de manera que los licitadores han de estar y pasar por los mismos en todo su contenido. En este sentido, recogiendo lo dispuesto en el artículo 145.1 del TRLCSP, la presentación de proposiciones supone, por parte del empresario, la aceptación incondicional del clausulado de los pliegos sin salvedad o reserva alguna.

Señala, entre otros extremos, que la no acreditación del nivel de solvencia exigible y la no subsanación dentro del plazo concedido determinan la exclusión de JFL Implants de la licitación, anulando la adjudicación a la misma del Acuerdo Marco en los lotes en que fue seleccionada, como acertadamente acuerda la Resolución impugnada. A lo que viene a añadir, en cuanto a la alegada vulneración del artículo 9.3 CE, que no puede considerarse que una resolución del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid invada el ámbito de discrecionalidad de la Mesa de Contratación, pues al poder rectificar las resoluciones de las mesas de contratación, de acuerdo con lo previsto en el TRLCSP, el citado Tribunal Administrativo de Contratación Pública está actuando dentro del margen de discrecionalidad de la propia Administración, a la cual pertenece el Tribunal, como un órgano más del mismo.

CUARTO .- Para la adecuada resolución del presente recurso se ha de tener en cuenta en primer lugar que, como señala la STS de 11 de julio de 2006, es incontestable que en materia de concursos el pliego de condiciones se constituye en la ley del mismo (sentencias de 28 de junio de 2004, recurso de casación 7106/2000 y de 24 de enero de 2006, recurso de casación 7645/2000), y en el concreto caso que nos ocupa se ha de tener presente que en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) del Acuerdo Marco para el suministro de diversos productos sanitarios (prótesis de rodilla y prótesis de cadera), con destino a los centros sanitarios del Servicio Madrileño de Salud se establece en el apartado 5 de su Anexo 2 lo siguiente::

"5.- Solvencia económica, financiera y técnica:

Acreditación de la solvencia económica y financiera:

Artículo 75 1.c) del TRLCSP:

Declaración sobre el volumen global de negocios de la empresa en el curso de los tres últimos ejercicios fiscales, indicando de forma expresa la cifra de negocios en el ámbito correspondiente al objeto del contrato

Criterio de selección: a estos efectos se entenderá acreditada esta solvencia por aquellas empresas que aporten la referida declaración, para cada uno de los tres últimos ejercicios, por un volumen global de negocios igual o superior a las cifras que para cada lote se indican a continuación:

(...)

Si por razones justificadas (ausencia de actividad en todos o algunos de los 3 últimos ejercicios fiscales) un empresario no puede facilitar las referencias anteriormente indicadas, podrá acreditar la solvencia económica y financiera mediante informe de una institución financiera, que garantice indubitablemente dicha circunstancia.

Acreditación solvencia técnica:

Artículo 77 1.a) y e) del TRLCAP

Criterios de selección:

1. Relación de los principales suministros efectuados, de similar naturaleza al objeto del contrato, durante los 3 últimos ejercicios, indicando importe,

fechas y destinatarios público o privado de los mismos.

2. Los licitadores deberán aportar ficha técnica y descripción de los



productos ofertados."

Por lo tanto, como se sigue de las anteriores previsiones, así como para acreditar la solvencia económica y financiera se prevé expresamente en el Pliego que se pueda, en línea con lo previsto en el art 75.2 del TRLCSP, que si por razones justificadas (ausencia de actividad en todos o algunos de los 3 últimos ejercicios fiscales) un empresario no puede facilitar las referencias que se indican, podrá acreditar la solvencia económica y financiera mediante informe de una institución financiera, que garantice indubitadamente dicha circunstancia, por el contrario, ninguna previsión al respecto se establece en relación con la solvencia técnica; solvencia respecto de la cual, como acertadamente pone de relieve la Resolución impugnada, se establece en el PCAP la necesidad de presentar acumulativamente, de acuerdo con lo dispuesto en los apartados a) y e) del artículo 77 del TRLCSP, los medios que se reseñan, esto es, la "Relación de los principales suministros efectuados, de similar naturaleza al objeto del contrato, durante los 3 últimos ejercicios, indicando importe, fechas y destinatarios público o privado de los mismos" y la "ficha técnica y descripción de los productos ofertados", por lo que ambos han de resultar acreditados no supliendo el uno la ausencia del otro

Así, el artículo 77 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (TRLCSP) prevé expresamente, en lo que al presente recurso interesa, que:

"1. En los contratos de suministro la solvencia técnica de los empresarios deberá acreditarse por uno o varios de los siguientes medios, a elección del órgano de contratación:

a) Relación de los principales suministros efectuados durante los cinco últimos años, indicando su importe, fechas y destinatario público o privado de los mismos. Los suministros efectuados se acreditarán mediante certificados expedidos o visados por el órgano competente, cuando el destinatario sea una entidad del sector público o cuando el destinatario sea un comprador privado, mediante un certificado expedido por éste o, a falta de este certificado, mediante una declaración del empresario.

b) Indicación del personal técnico o unidades técnicas, integradas o no en la empresa, de los que se disponga para la ejecución del contrato, especialmente los encargados del control de calidad.

c) Descripción de las instalaciones técnicas, de las medidas empleadas para garantizar la calidad y de los medios de estudio e investigación de la empresa.

d) Control efectuado por la entidad del sector público contratante o, en su nombre, por un organismo oficial competente del Estado en el cual el empresario está establecido, siempre que medie acuerdo de dicho organismo, cuando los productos a suministrar sean complejos o cuando, excepcionalmente, deban responder a un fin particular. Este control versará sobre la capacidad de producción del empresario y, si fuera necesario, sobre los medios de estudio e investigación con que cuenta, así como sobre las medidas empleadas para controlar la calidad.

e) Muestras, descripciones y fotografías de los productos a suministrar, cuya autenticidad pueda certificarse a petición de la entidad del sector público contratante.

f) Certificados expedidos por los institutos o servicios oficiales encargados del control de calidad, de competencia reconocida, que acrediten la conformidad de productos perfectamente detallada mediante referencias a determinadas especificaciones o normas.

(...)".

Por lo tanto, conforme al anterior precepto, la solvencia técnica de los empresarios deberá acreditarse por uno o varios de los medios que se indican, a elección del órgano de contratación, siendo lo cierto que en el presente caso el órgano de contratación estableció en el PCAP los dos medios que se reseñan, de manera que es necesaria la acreditación tanto de uno como del otro, sin que, como ya se ha dicho, uno de ellos pueda suplir la ausencia del otro.

Pues bien, sentado lo anterior, se ha de tener en cuenta que no se discute que la aquí recurrente no impugnó en momento alguno las anteriores previsiones del PCAP, debiendo recordarse en este punto que, como señala la STS 26 de septiembre de 2007 :

"La relevancia del pliego de condiciones ha sido declarada en múltiples sentencias de esta Sala examinando motivos en que se encontraba concernida bien su modificación una vez puesto en marcha el procedimiento de concurso o su impugnación tras haber participado en el correspondiente concurso. Situación aplicable tanto la vigencia de la derogada LCE y su RGCE, aquí aplicable, por razones temporales, como bajo los textos que posteriormente (LCAP, TRLCAP y sus pertinentes Reglamentos de desarrollo o la novísima Ley 30/2007 de



Contratos del Sector Público) han pretendido dar una respuesta más adecuada al respeto de los principios debidos en el ámbito de la contratación pública.

En nuestra sentencia de 21 de marzo de 2007, recurso de casación 6098/2000 decíamos en su fundamento de derecho octavo que "No ofrece duda el contenido del art. 87 de la LCAP al establecer la necesidad de que los pliegos de cláusulas administrativas particulares del concurso fijen los criterios objetivos que han de servir de base para la adjudicación los cuales se indicarán por orden decreciente de importancia y por la ponderación que les atribuya. Tal exigencia obstaculiza la discrecionalidad administrativa en la adjudicación del concurso por cuanto la administración para resolverlo ha de sujetarse a la baremación previamente determinada. Su discrecionalidad solo juega con anterioridad a la adjudicación al decidir con libertad de criterio cuáles son los criterios objetivos más significativos respetando, eso sí, las reglas esenciales que impregnan nuestra actual normativa sobre contratación administrativa a partir de la transposición de las múltiples Directivas sobre la materia: publicidad, libre concurrencia y transparencia administrativa".

(...)

Añadíamos que lo relatado ya había sido recordado en nuestra sentencia de 11 de julio de 2006 dictada en el recurso de casación 410/2004, donde se dijo que "si bien la Administración ostenta, en un primer momento, un margen de discrecionalidad en la fijación de los criterios que han de reunir los que concurran al concurso así como en la determinación de la puntuación atribuible a cada uno de aquellos no acontece lo propio con la asignación particularizada a cada uno de los concursantes a la vista de la documentación presentada. En esta segunda fase la administración debe respetar absolutamente las reglas que ella estableció en el correspondiente pliego. Es incontestable que en materia de concursos el pliego de condiciones se constituye en la ley del concurso (sentencias de 28 de junio de 2004, recurso de casación 7106/2000 y de 24 de enero de 2006, recurso de casación 7645/2000)".

Se observa, por tanto, que nuestra doctrina, bajo la LCAP, entiende que si no se impugna el acto administrativo de aprobación del Pliego todo licitador que concurra al concurso queda sometido sin condicionamiento alguno al contenido del mismo cuya aplicación deberá respetar la administración convocante y adjudicante del concurso. Acatamiento del Pliego asimismo establecido en el marco legal (art. 36 LCE) y reglamentario aquí aplicable (art. 115 RGCE), por razones temporales.

Distinta conclusión se produce cuando un licitador hubiere impugnado alguna o algunas cláusulas del Pliego de Condiciones por entender contraviene algún precepto legal o reglamentario. En tal caso aunque el licitador hubiere concurrido al concurso lo cierto es que al recurrir puso de manifiesto su discrepancia con las reglas establecidas.

En supuesto contrario el Pliego de Condiciones constituye la norma a tomar en cuenta por la jurisdicción contencioso-administrativa al revisar el sometimiento de la administración a las reglas del concurso así como el instrumento normativo cuya aplicación pueden interesar los licitadores. Es la Ley del Contrato como reiteradamente ha manifestado la jurisprudencia (STS 28 de junio de 2004 recurso de casación 7106/2000 con cita de otras muchas)"

Por lo tanto, no cuestionándose que en el caso de autos la recurrente no impugnó el correspondiente Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, en el que expresamente se recogen las previsiones sobre acreditación de la solvencia técnica ya referidas, no se puede sino afirmar la conformidad a Derecho de la Resolución impugnada, máxime teniendo en cuenta que se posibilitó un trámite de subsanación a fin de que la actora pudiese aportar la documentación omitida o insuficiente, estableciéndose incluso una interpretación favorable en el sentido de que, tratándose de una empresa de nueva creación, sería admisible una interpretación proporcional del criterio en relación al periodo de actividad.

Sin embargo, como se viene a recoger en la Resolución impugnada, lo cierto es que la recurrente nada acreditó al respecto al referirse la documentación presentada, al margen ya de cualquier otra consideración, al periodo posterior a la fecha límite de presentación de las ofertas, sin que, por lo tanto, y a la vista de la doctrina expuesta, pueda prosperar la argumentación relativa a que "eso no quiere decir que incumpla, sino que al carecer de dicha actividad, no se le exige que lo aporte...", y que "pedir la acreditación de los suministros llevados a cabo en esos ejercicios, sería pedir o exigir lo imposible, lo cual no es admisible".

Dicha argumentación debió plantearla la recurrente, en su caso, a través de la impugnación del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, pero lo que no resulta admisible es que la entidad actora no impugnase tales previsiones, las consintiese a pesar de carecer de la necesaria actividad, y tras la adjudicación pretenda su no aplicación a la misma, invocando asimismo una serie de cuestiones como las relativas al fomento de las empresas de nueva creación, no discriminación de las mismas o el principio de proporcionalidad en la



adopción de medidas de exclusión que igualmente debió hacer valer, en su caso, a través de la impugnación del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares.

Téngase en cuenta que las previsiones sobre acreditación de la solvencia técnica vinculan también a la Administración contratante, sin que pueda entenderse vulnerado art. 9.3 CE pues, antes al contrario, dada la no impugnación del Pliego, el mismo obligaba por igual a los participantes y a la Administración, y sin que el órgano de contratación pueda ampararse en discrecionalidad alguna al respecto como se pretende por la recurrente.

Así, señala la actora que corresponde a la Mesa de contratación y, en su caso, al órgano de contratación considerar o no suficientemente acreditada en cada caso la solvencia de la empresa, pero no se puede desconocer que tal apreciación ha de verificarse respetando estrictamente las condiciones y previsiones del Pliego rector del concurso, de manera que aunque la Mesa de contratación o el Grupo Técnico hayan podido considerar suficiente para acreditar la solvencia técnica la aportación exclusiva de la "ficha técnica y descripción de los productos ofertados", ello en modo alguno impide al Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid constatar el incumplimiento que tal proceder supone de las previsiones del Pliego.

Por lo tanto, la exclusión de la recurrente no puede reputarse irracional e ilógica sino ajustada a las previsiones del propio PCAP aceptado por la entidad recurrente.

Téngase en cuenta, por otra parte, que la Resolución 69/2013 del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid que se invoca en la demanda se refiere, según se desprende de la transcripción que se verifica en dicho escrito procesal, al artículo 75.2 del TRLCSP atinente a la solvencia económica y financiera, debiendo señalarse que, en cualquier caso, el principio de igualdad únicamente opera dentro de la legalidad.

Por lo demás, si bien en el informe reflejado en el punto 5 del precedente fundamento de derecho segundo se señala que " *atendiendo al artículo 77.2 del TRLCAP sí que acreditó la solvencia técnica „mediante ficha técnica y descripción de los productos ofertados*", sin embargo del citado precepto no puede extraerse tal posibilidad, debiendo estimarse, con la resolución impugnada, que habiéndose establecido en el PCAP la necesidad de acreditar acumulativamente lo dispuesto en los apartados a) y e) del artículo 77 del TRLCAP y, en particular, la "Relación de los principales suministros efectuados, de similar naturaleza al objeto del contrato, durante los 3 últimos ejercicios, indicando importe, fechas y destinatarios público o privado de los mismos" y la "ficha técnica y descripción de los productos ofertados", ambos medios han de resultar acreditados, no supliendo el uno la ausencia del otro.

Por consiguiente, todo lo expuesto ha de conducir a la desestimación del recurso interpuesto, pudiendo añadirse, en relación con la incoherencia de la Administración demandada que se apunta en el escrito de conclusiones, que en definitiva la Comunidad de Madrid defiende la conformidad a Derecho de una Resolución dimanante del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid como órgano encargado de resolver los recursos especiales en materia de contratación en el ámbito autonómico, y en virtud de las argumentaciones en que ha estimado procedente basar tal posición en el escrito de contestación a la demanda.

QUINTO .- Procede imponer las costas de este recurso a la parte recurrente, conforme establece el artículo 139 de la Ley Jurisdiccional , tras la modificación operada por la Ley 37/2011, si bien, como permite el apartado tercero del citado artículo se limita su cuantía a la cantidad de 1500 euros.

Vistos los preceptos citados y demás de general y concordante aplicación,

FALLAMOS

Que desestimamos el presente recurso contencioso administrativo nº 1075/2013 formulado por el Procurador D. Jaime Gafas Pacheco, en nombre y representación de JFL Implants, S.L., contra la Resolución del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid de 2 de octubre de 2013, que en consecuencia se confirma. Todo ello con expresa imposición a la parte recurrente de las costas de este recurso con el límite fijado en el fundamento de derecho quinto.

Así por esta nuestra Sentencia, que se notificará en legal forma a las partes, haciéndoles saber que contra ella cabe Recurso de casación ante la Sala 3ª del Tribunal Supremo, que se preparará ante esta Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso- Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid en el plazo de diez días a partir de su notificación, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.



PUBLICACION. - Leída y publicada fue la anterior sentencia por la Iltrna. Sra. Magistrada Ponente de la misma, en el día de la fecha, estando celebrando audiencia pública en la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de lo que doy fe.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ